



Open Access Repository
www.ssoar.info

Genügt der Entwurf für ein Kindertagesstättenanpassungsgesetz den Anforderungen des Art. 97 Abs. 3 Landesverfassung?

Bohm, Rolfdieter

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Bohm, R. (2014). *Genügt der Entwurf für ein Kindertagesstättenanpassungsgesetz den Anforderungen des Art. 97 Abs. 3 Landesverfassung?* (Wahlperiode Brandenburg, 5/83). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-50821-4>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Genügt der Entwurf für ein Kindertagesstättenanpassungsgesetz den Anforderungen des Art. 97 Abs. 3 Landesverfassung?

Bearbeiter: Rolfdieter Bohm

Datum: 14. März 2014

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

I.	Aufgabenstellung.....	2
II.	Stellungnahme	4
1.	Einige Überlegungen zur Konnexitätsregelung des Art. 97 Abs. 3 LV	4
a)	Die beiden Grundfragen	4
b)	Wann ist eine Aufgabenübertragung neu im Sinne des Art. 97 Abs. 3 LV?	4
c)	Der Auslegungsbeschluss des Landtages Brandenburg vom 18. März 1999	5
2.	Zu Frage 5:	6
3.	Zu Frage 2	8
4.	Zu den Fragen 3 und 4	13
5.	Zu Frage 1 (Zusammenfassung).....	14
6.	Zu Frage 6	16

I. Aufgabenstellung

Das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg hat mit Urteil vom 30. April 2013¹ einige Regelungen des Kindertagesstättengesetzes für unvereinbar mit Art. 97 Abs. 3 LV erklärt. Die Landesregierung hat daraufhin einen Entwurf für ein „Kindertagesstättenanpassungsgesetz“ vorgelegt.² Der Parlamentarische Beratungsdienst wurde vor diesem Hintergrund um Beantwortung der folgenden Fragen gebeten.

1. Folgt die im Gesetzentwurf vorgesehene Kostenerstattungsregelung den Maßgaben der Entscheidungsgründe des Urteils (vom 30. April 2013) und ist diese mit Art. 97 Abs. 3 LV vereinbar?

¹ Aktzeichen VfGBbg 49/11, die Entscheidung kann auf der Homepage des Gerichts unter Eingabe des Datums und/oder des Aktenzeichens unter folgendem Link abgerufen werden:
http://www.verfassungsgericht.brandenburg.de/sixcms/detail.php?template=bbo_mandant_verfassungsgericht_ent2a.

² Gesetzentwurf der Landesregierung vom 9. Januar 2014, Drs. 5/8369.

2. Laut Leitsatz 2 des Urteils setzt eine pauschalierende Kostenerstattungsregelung eine vom Gesetzgeber vorzunehmende fundierte Prognose über die durch die Aufgabenübertragung bei den Kommunen verursachten Mehrkosten voraus. Art. 97 Abs. 3 LV verlange vom Gesetzgeber nicht eine Prognoseentscheidung schlechthin, sondern eine solche unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse vorzunehmen und verpflichtet ihn diesbezüglich zu prozeduraler Sorgfalt. Beinhaltet der Gesetzesentwurf eine Prognose, die den Anforderungen gerecht wird?
3. Die Bildung eines arithmetischen Mittelwertes aus den von den örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe festgelegten Durchschnittssätzen nach § 16 Abs. 2 Satz 4 KitaG widerspreche dem Gebot der prozeduralen Sorgfalt, da sich der Gesetzgeber nicht mit der Frage auseinandergesetzt habe, ob es sachliche und rechtliche Unterschiede in der Höhe der Durchschnittssätze gibt (Leitsatz 4). Entspricht der Gesetzesentwurf dem Gebot der Sorgfalt, wenn nunmehr für die Berechnung des Kostenausgleichs die Aufwendungen des Arbeitgebers für eine Erzieherstelle der fünften Entwicklungsstufe des Tätigkeitsmerkmals S 6 der Entgeltordnung für den Sozial- und Erzieherdienst des TVöD als erforderliche Personalkosten definiert werden?
4. Die Ausgleichspflicht des Landes besteht laut Urteil für die gesetzeskonforme Zuschussgewährung durch die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach § 16 Abs. 2 KitaG. Das Verfassungsgericht kam zu dem Schluss, dass in der weit überwiegenden Zahl der Fälle die Gesetzeskonformität der einzelnen Durchschnittssätze entweder sehr fraglich oder nicht feststellbar sei. Wie kann dieses Defizit behoben werden?
5. In Leitsatz 1 des Urteils heißt es, dass sowohl die Erhöhung der Personalkostenzuschüsse nach § 16 Abs. 2 KitaG als auch die Beibehaltung der Landkreise und kreisfreien Städte als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe durch § 1 Abs. 1 AGKJHG nach Wegfall der bundesrechtlichen Zuständigkeitsbestimmung in § 69 Abs. 1 SGB VIII a. F. eine konnexitätsrelevante Verpflichtung der Kommunen durch den Landesgesetzgeber darstellen. Welche rechtlichen Konsequenzen folgen hieraus?

6. Ein Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, hat seit dem 1. August 2013 gem. § 24 Abs. 2 SGB VIII einen Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in der Kindertagespflege. Ist eine Anpassung der Regelung in § 1 Abs. 2 Satz 2 KitaG erforderlich, die einen solchen Rechtsanspruch nur unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht?

II. Stellungnahme

1. Einige Überlegungen zur Konnexitätsregelung des Art. 97 Abs. 3 LV

Nachfolgend werden zunächst vorab einige grundlegende Überlegungen zur Norm des Art. 97 Abs. 3 LV dargestellt, die das Verständnis der weiteren Ausführungen erleichtern und in die Thematik einführen sollen.

a) Die beiden Grundfragen

Im Zusammenhang mit der Konnexitätsnorm des Art. 97 Abs. 3 LV sind grundsätzlich zwei Fragen zu prüfen:

- Liegt überhaupt ein die Konnexitätspflicht auslösendes Handeln des Landesgesetzgebers vor?
- Falls die erste Frage zu bejahen ist: Wie ist der finanzielle Ausgleich konkret zu berechnen?

Vor diesem Hintergrund wird zunächst die Frage 5 beantwortet, da sich diese mit der eben dargestellten Vorfrage, ob und ggf. welches gesetzgeberische Handeln hier eine finanzielle Ausgleichspflicht des Landes auslöst, befasst. Danach werden die übrigen Fragen behandelt, wobei die Antwort auf Frage 1 zugleich das zusammenfassende Ergebnis ist. Die Frage 6 spricht einen nicht unmittelbar mit der Konnexität zusammenhängenden Punkt an und wird daher ganz am Ende gesondert behandelt.

b) Wann ist eine Aufgabenübertragung neu im Sinne des Art. 97 Abs. 3 LV?

Die strenge Verpflichtung zum Ausgleich der durch eine landesgesetzliche Aufgabenübertragung den Gemeinden entstehenden Aufwendungen besteht nur bei der Übertragung von „neuen“ Aufgaben. Die heutige Fassung des Art. 97 Abs. 3 Satz 2 LV beruht auf dem

Gesetz vom 7. April 1999.³ Der maßgebende Änderungsbefehl ist in Art. 1 Nr. 12 des damaligen Gesetzes enthalten. Für diesen Änderungsbefehl bestimmt Art. 3 Abs. 2 des Änderungsgesetzes Folgendes:

„(2) Artikel 1 Nr. 12 Satz 2 und 3 gilt nur für Aufgaben, zu deren Erfüllung die Gemeinden und Gemeindeverbände nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes verpflichtet werden.“

Das Änderungsgesetz trat nach seinem Art. 3 Abs. 1 Satz 2 am Tag nach der Verkündung in Kraft. Es wurde am 12. April 1999 verkündet; mithin ist der 13. April 1999 der Stichtag, ab dem Aufgabenübertragungen „neu“ im Sinne des neugefassten Art. 97 Abs. 3 LV sind. Für vorherige gesetzliche Aufgabenzuweisungen galt eine ungleich „weichere“ Vorschrift, die nur allgemein eine Beteiligung des Landes an den Kosten vorsah.

c) Der Auslegungsbeschluss des Landtages Brandenburg vom 18. März 1999

Parallel zum Änderungsgesetz zur Landesverfassung hat der Landtag Brandenburg einen Entschließungsantrag⁴ beraten und zusammen mit dem Gesetz am 18. März 1999 beschlossen.⁵ Dieser Entschließungsantrag enthält in insgesamt 8 Ziffern nähere Erläuterungen zu dem neu gefassten Art. 97 Abs. 3 LV. Die Erläuterungen bzw. Auslegungshilfen betreffen sowohl den Anwendungsbereich (= „Wann tritt eine Konnexitätspflicht ein?“) als auch die konkrete Ausgestaltung des zu leistenden finanziellen Ausgleichs des Landes (= „Wie ist der Ausgleich zu leisten?“). Dieser Auslegungs- und Erläuterungsbeschluss kann bei der Anwendung der Norm in Zweifelsfällen herangezogen werden. Dies hat auch das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg in entsprechenden Konnexitätsfällen schon mehrfach getan.⁶

³ Gesetz zur Änderung der Verfassung des Landes Brandenburg und des Verfassungsgerichtsgesetzes Brandenburg vom 7. April 1999 (GVBl. I S. 98 f.).

⁴ Drs. 2/6179-B.

⁵ Siehe Beschlussprotokoll vom 25. März 1999 über die 101. Plenarsitzung des 2. Landtages Brandenburg vom 18. März 1999 S. 1 f. sowie S. 8 f. (Text des beschlossenen Entschließungsantrages, Drs. 2/6179-B).

⁶ Zum Gang des Gesetzgebungsverfahrens des Änderungsgesetzes sowie zum Auslegungs- und Erläuterungsbeschluss in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts Brandenburg siehe Festschrift 20 Jahre Landesverfassung, Die Änderung von Artikel 97 Abs. 3 Landesverfassung und ihre Auslegung durch den Landtag selbst, S. 135 ff., insbesondere Seiten 137 f. (zum Gesetzgebungsverfahren) und S. 140 ff. (zur Anwendung des Beschlusses durch das Verfassungsgericht).

2. Zu Frage 5:

Hier geht es um die erste der beiden Grundfragen, mithin ob überhaupt ein ausgleichspflichtiges Verhalten des Gesetzgebers vorliegt und wie weit dieses reicht. Zur Beantwortung dieser Frage muss zunächst auf den Inhalt des Fünften Gesetzes zur Änderung des Kindertagesstättengesetzes⁷ eingegangen werden:

Mit dem 5. KitaGÄndG wurde im Wesentlichen eine Veränderung des Personalschlüssels eingeführt. Dies bedeutete, dass die Gruppen – gestaffelt nach Altersklassen – kleiner werden mussten.⁸ Im Ergebnis waren somit häufig mehr Gruppen einzurichten, was einen höheren Personaleinsatz⁹ notwendig machte. Da der Gesetzgeber insoweit – rechtlich zutreffend – eine Konnexitätspflicht des Landes annahm,¹⁰ wurden auch die Regelungen zur Refinanzierung¹¹ der Kommunen geändert.¹²

⁷ Vom 15. Juli 2010 (GVBl. I Nr. 25), künftig: 5. KitaGÄndG.

⁸ Konkret wurden in § 10 Abs. 1 Satz 2 und 3 KitaG die Gruppengrößen für die jüngeren Kinder (bis 3 Jahre) von 7 auf 6 Kinder reduziert und bei den Gruppen mit den älteren Kindern (ab 3 Jahre) von 13 auf 12 Kinder.

⁹ Dies bedeutet nicht zwangsläufig die Einstellung von zusätzlichem Personal. Teilweise war die Standarderhöhung auch durch Verlängerung der Arbeitszeit von vorhandenen Erziehern machbar. Jedoch führen alle Wege (Einstellung zusätzlichen Personals, Verlängerung der Arbeitszeit des vorhandenen Personals oder eine Kombination beider Möglichkeiten) zu erhöhtem finanziellen Aufwand.

¹⁰ Siehe Begründung zum Regierungsentwurf (Drs. 5/846, Allgemeine Begründung A., vor. 1.)

¹¹ Insgesamt zur Systematik des Finanzierungs- und Refinanzierungskonzeptes des KitaG, die auch durch das 5. KitaGÄndG nicht verändert wurde, siehe Gutachten des PBD vom 1. September 2009: Pflicht der Gemeinden, Trägern von Kindertagesstätten Grundstück und Räume zur Verfügung zu stellen, abrufbar unter folgendem Link:
http://10.142.223.6/store/uploads/media/01-09-09_Kitas_Finanzierungsbeitrag_der_Gemeinden_4-51.pdf.

Die Ausführungen zum Finanzierungssystem und zu den Beteiligten finden sich bei II. 2. (ab S. 5). Für die vor dem Verfassungsgericht Brandenburg klagenden kreisfreien Städte ist im Rahmen der Kita-Finanzierung zu beachten, dass sie sowohl örtlicher Träger der Jugendhilfe als auch Gemeinde sind.

¹² Insbesondere wurde in § 16 Abs. 2 KitaG ein Erstattungssatz von 86,3 % der Kosten des notwendigen pädagogischen Personals für die jüngeren Kinder und von 85,2 % für die älteren Kinder festgelegt, statt der zuvor geltenden Bezuschussung von einheitlich 84 % der Kosten des notwendigen pädagogischen Personals. Dieser Erstattungssatz war vom örtlichen Träger der Jugendhilfe dem Träger der Einrichtung zu zahlen. Um dies zu ermöglichen wurde parallel in § 16 Abs. 6 KitaG, der Refinanzierungsvorschrift für die örtlichen Träger der Jugendhilfe, der bisherige jährliche Förderfestbetrag um rund 36 Mio € auf knapp 154 Mio Euro angehoben. Errechnet wurde dieser Betrag aus den Mehrkosten für 895 zusätzlichen Stellen auf Basis eines Durchschnittsbetrages für die jährlichen Erzieherkosten sowie für einige zusätzliche Leitungsstellen (siehe Drs. 5/846, Allgemeine Begründung, bei 1.).

Unabhängig von den Änderungen im Kindertagesstättengesetz wurde – zeitlich zwei Jahre früher – auf Bundesebene durch das Kinderförderungsgesetz¹³ die Zuständigkeitsregelung in § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII a. F. mit Wirkung zum 1. Oktober 2008 neu gefasst. Konkret wurde die bisherige ausdrücklich geregelte Zuständigkeit der Kreise und kreisfreien Städte als „örtliche Träger der Jugendhilfe“ dahingehend geändert, dass die Zuständigkeitsregelung nunmehr durch Landesrecht erfolgt (Art. 1 Nr. 13 KiföG).¹⁴ Hintergrund dieser bundesrechtlichen Änderung war das durch die Föderalismusreform I neu ins GG aufgenommene ausdrückliche Verbot der direkten Aufgabenzuweisung des Bundes an die Kommunen. Somit hatte nunmehr nach § 85 SGB VIII¹⁵ das Land die Pflicht, die Aufgabe einer hinreichenden Versorgung mit Kindertageseinrichtungen zu gewährleisten.

Das Land Brandenburg hat daraufhin keine (neue) eigene Zuständigkeitsbestimmung getroffen, sondern vielmehr die bisherige Vorschrift in § 1 Abs. 1 AGKJHG¹⁶ aufrechterhalten. Diese Norm, die bis zur Änderung der bundesrechtlichen Kompetenznorm in § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII aufgrund des Vorranges des Bundesrechts (Art. 31 GG) keine eigene Regelungswirkung entfaltete, bestimmte ebenfalls die Landkreise und kreisfreien Städte zu örtlichen Trägern der freien Jugendhilfe und übertrug diesen somit im Ergebnis die Pflicht, die Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe wahrzunehmen. Zu diesen Aufgaben zählt gem. § 2 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII auch die Bereitstellung von Angeboten der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege nach näherer Maßgabe der §§ 22 ff. SGB VIII.

Mit der Aufhebung der bundesrechtlichen Zuständigkeitsnorm erlangte die bislang rein deklaratorische Norm des § 1 Abs. 1 AGKJHG erstmals eine eigenständige zuständigkeitsbegründende Bedeutung. Auch die Entscheidung des Gesetzgebers, in Kenntnis der Aufhebung der bundesrechtlichen Zuständigkeitszuweisung die bisherige landesrechtliche

¹³ Gesetz zur Förderung von Kinder unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz – KiföG) vom 10. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2403 ff.).

¹⁴ So auch VerfGBbg vom 13. April 2013 a. a. O. (Fn. 1) bei B. II. 2. aa. der Gründe m. w. N. Siehe zu dieser Thematik auch *Pielke*, Das Konnexitätsprinzip in der deutschen Finanzverfassung, Diss. Hamburg 2010, S. 46.

¹⁵ Aches Buch Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe – in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. September 2012 (BGBl. I S. 2022), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 29. August 2013 (BGBl. I S. 3464).

¹⁶ Erstes Gesetz zur Ausführung des Achten Buches Sozialgesetzbuch - Kinder- und Jugendhilfe (AGKJHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 1997 (GVBl. I S. 87), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Dezember 2013 (GVBl. I Nr. 43).

Norm unverändert beizubehalten, stellt nach Auffassung des Verfassungsgerichts die Übertragung „einer neuen Aufgabe“ durch den Landesgesetzgeber dar, die die Konnexitätspflicht des Art. 97 Abs. 3 LV auslöst.¹⁷ Maßgebend war, dass durch den Wegfall der Bundesregelung die landesrechtliche Norm erstmalig die Rechtsgrundlage für die Aufgabenzuweisung wurde.

Von Bedeutung ist dies, da die Konnexitätspflicht immer nur so weit geht, wie eine neue Aufgabe übertragen wird. Wäre nur die isolierte Standarderhöhung¹⁸ durch das 5. KitaGÄndG maßgebend, hätte das Gericht nur zu prüfen gehabt, ob die konkret durch diese Standarderhöhung ausgelösten zusätzlichen Kosten der Gemeinden verfassungsrechtlich ausreichend ausgeglichen werden. Da das Gericht aber auch in der Aufrechterhaltung der bislang rein deklaratorischen Zuständigkeitsregelung des § 1 Abs. 1 AGKJHG ein konnexitätspflichtiges Verhalten des Landesgesetzgebers sah, war die gesamte Finanzierung der Kindertagesstätten durch das Land ausgleichspflichtig. Das Gericht hat daher – folgerichtig – nicht nur geprüft, ob die Personalmehrkosten infolge der Veränderung des Personalschlüssels für die Gruppen ausreichend ausgeglichen werden, sondern ob die Refinanzierung insgesamt den verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt.

3. Zu Frage 2

Der Konkretisierungs- und Auslegungsbeschluss des Landtages vom 18. März 1999 bestimmt zur Art und Weise der Ausgestaltung der Ausgleichspflicht u. a. Folgendes:

„7. Die gesetzliche Ausgleichsregelung setzt in der entsprechenden gesetzlichen Änderung eine klare Prognose hinsichtlich des Umfangs der Ausgleichspflicht voraus (Kostenfolgenabschätzung); die unter Nr. 5 genannten Synergie- und Einspar-effekte sind als Bestandteil in die Prognoseentscheidung einzubeziehen.“

¹⁷ VerfGBbg a. a. O. (Fn. 14), mit Hinweis auf den Auslegungsbeschluss des Landtages, Drs. 2/6179-B (Fn. 5). Das AG-KJHG stammt ursprünglich aus dem Jahr 1991 und war somit nicht „neu“ im Sinne der Neuregelung des Art. 97 Abs. 3 LV. Zur – rechtlich vergleichbaren – Rechtslage in NRW siehe auch *Wienand*, in: *Bunzel/Hanke*: Wer zahlt die Zeche? Das Konnexitätsprinzip – richtig angewandt, Dokumentation der Tagung in Zusammenarbeit mit dem Deutschen Städtetag am 1. Dezember 2010, Konnexitätsgebot und frühkindliche Förderung, S. 14 mit Hinweis auf eine Entscheidung des VerfGH NRW vom 12. Oktober 2010.

¹⁸ Zur Konnexitätsrelevanz einer Standarderhöhung siehe auch den Auslegungsbeschluss, Drs. 2/6179 bei Ziffer. 2.

Letztlich greift das Verfassungsgericht diese Vorgabe in seiner Entscheidung vom 30. April 2013 auf, indem es postuliert, dass die – grundsätzlich zulässige – gesetzgeberische Prognose folgenden Anforderungen genügen muss:

- Eine Beeinflussbarkeit der Kosten durch die Kommunen muss beachtet werden,
- die örtlichen Verhältnisse müssen berücksichtigt werden, und
- die Prognose muss unter „prozeduraler Sorgfalt“ erstellt werden.¹⁹

Das Gericht präzisiert diese Kriterien noch dahingehend, dass eine bloße Mittelwertbildung aus den Kosten bei Kreisen und bei kreisfreien Städten diesen Anforderungen nicht genüge. Vielmehr müsse den Besonderheiten der kreisfreien Städte auch bei der Prognose Beachtung geschenkt werden.²⁰ Jedenfalls sei eine solche umfassende Durchschnittsbildung dann nicht verfassungsgemäß, wenn es – wie vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich festgestellt²¹ – erhebliche Unterschiede in den Kostensätzen für Erzieher gebe. Wenn der Gesetzgeber bei den örtlichen Trägern mit besonders hohen Kostensätzen von besonderen Einsparpotentialen ausgehe, müsse dies anhand konkreter Anhaltspunkte belegt werden.²² Ferner habe – so das Gericht – der Gesetzgeber die sich aus § 15 Abs. 2 KitaG ergebenden rechtlichen Vorgaben für die örtlichen Kita-Träger (der einzelnen Einrichtungen) zu beachten. Diese müssten ihrerseits nach § 15 Abs. 2 KitaG ihr Personal unter Beachtung des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) bezahlen und könnten auf dieser Basis nach näherer Maßgabe des § 16 Abs. 2 KitaG von den örtlichen Trägern der Jugendhilfe (= Kreise/kreisfreie Städte) Ausgleich verlangen. Nur wenn der Gesetzgeber konkrete Möglichkeiten erkenne und benenne, die es den Kommunen unter diesen Umständen ermöglichen, von den Regelsätzen abzuweichen, könne eine Durchschnittsbildung ausreichend sein. Besonders niedrige Durchschnittswerte, die beispielsweise durch eine untertarifliche Bezahlung oder die Verwendung unterqualifizierten

¹⁹ So die Entscheidung des Gerichts (Fn. 1) unter B. II. 3.

²⁰ Siehe bei B. II. 3. a. aa. der Gründe.

²¹ So ausdrücklich die Gesetzesbegründung zum 5. KitaGÄndG (Drs. 5/846), Allgemeine Begründung bei A. 1. (Seite 2).

²² VerfGBbg vom 30. April 2013 a. a. O. (Fn. 20). Zu der Notwendigkeit eines angemessenen Ausgleichs, der insbesondere auch die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen gewährleistet, siehe auch *Henneke*, Die Kommunen in der Finanzverfassung des Bundes und der Länder, Wiesbaden, 2008, S. 253 f.

und damit günstigeren Personals zustande kommen, dürften jedenfalls bei einer korrekten, verfassungsgemäßen Prognose nicht berücksichtigt werden.²³

Schließlich habe der Gesetzgeber die bereits feststehenden Änderungen im Bezügenreveau der Kitabeschäftigten zu beachten. Im konkreten Fall stand während des Gesetzgebungsverfahrens eine spürbare Tarifierhöhung bereits fest. Diese wurde nicht nur nicht eingerechnet, sondern es wurde sogar für zwei Jahre eine Anpassung der Ausgleichszahlungen ausgeschlossen. Diese Vorgehensweise genüge den verfassungsgerichtlichen Anforderungen nicht.²⁴

Im nunmehr vorliegenden Entwurf für ein Kindertagesstättenanpassungsgesetz²⁵ geht der Gesetzgeber einen etwas anderen Weg als im 5. KitaGÄndG. Neben einer unabhängig von der verfassungsgerichtlichen Entscheidung notwendigen Änderung bezüglich Gebärendolmetschern geht der Gesetzgeber davon aus, dass letztlich nur die Personalschlüsseleränderung ausgleichspflichtig sei. Zur Ermittlung der maßgeblichen Kosten stellt der Entwurf nicht mehr auf – zuvor erhobene – tatsächliche Zahlungen an die örtlichen Träger der Einrichtungen ab, sondern orientiert sich letztlich an deren rechtlicher Verpflichtung.

Dies geschieht rechtstechnisch neben der Neufassung des § 16 Abs. 6

KitaG und der Einführung eines neuen § 16a KitaG durch eine Ergänzung des § 5 der Kindertagesstätten-Betriebskosten- und Nachweisverordnung (KitaBKNV).²⁶ In dem neu eingefügten § 5 Abs. 3 Satz 1 KitaBKNV-E²⁷ werden die Kosten festgelegt, die für die Berechnung der Erstattungen des Landes an die örtlichen Träger der Jugendhilfe gem. § 16 Abs. 6 KitaG (künftig ergänzt um § 16a KitaG-E) maßgeblich sind. Dies sind die Personalkosten, die nach dem TVöD (Bund und Kommunen) für eine Kraft der Entgeltgruppe S 6 der Entgeltordnung für den Sozial- und Erziehungsdienst in der Entwicklungsstufe 5 entstehen.

²³ So das Gericht bei B. II. 3. a. bb. der Gründe.

²⁴ Hierzu bei B. II. a. cc. der Gründe.

²⁵ Siehe oben Fn. 2.

²⁶ Vom 1. Juni 2004 (GVBl. II S. 450), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Dezember 2013 (GVBl. I Nr. 43).

Die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass dieser Rechtsverordnung findet sich in § 23 KitaG. Diese Rechtsgrundlage wird im Übrigen durch Art. 1 Nr. 5 Entwurf für das Kindertagesstättenanpassungsgesetz noch ergänzt und präzisiert, so dass damit eine eindeutige Grundlage für die vorgeschlagene Ergänzung/Änderung der KitaBKNV geschaffen wird.

²⁷ Durch Artikel 2 Nr. 2 Buchst. d des Entwurfs des Kindertagesstättenanpassungsgesetzes, Drs. 5/8369.

Das Tätigkeitsmerkmal S 6 nach der Entgeltordnung umschreibt folgende Tätigkeit:

„S 6

Erzieherinnen/Erzieher mit staatlicher Anerkennung und entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Beschäftigte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben. (Hierzu Protokollerklärungen Nrn. 1, 3 und 5).“

Die erwähnten Protokollerklärungen haben folgenden Wortlaut:

- „1. *Die/Der Beschäftigte – ausgenommen die/der Beschäftigte bzw. Meisterin/Meister im handwerklichen Erziehungsdienst – erhält für die Dauer der Tätigkeit in einem Erziehungsheim, einem Kinder- oder einem Jugendwohnheim oder einer vergleichbaren Einrichtung (Heim) eine Zulage in Höhe von 61,36 Euro monatlich, wenn in dem Heim überwiegend behinderte Menschen im Sinne des § 2 SGB IX oder Kinder und Jugendliche mit wesentlichen Erziehungsschwierigkeiten zum Zwecke der Erziehung, Ausbildung oder Pflege ständig untergebracht sind; sind nicht überwiegend solche Personen ständig untergebracht, beträgt die Zulage 30,68 Euro monatlich. Für die/den Beschäftigte/n bzw. Meisterin/Meister im handwerklichen Erziehungsdienst in einem Heim im Sinne des Satzes 1 erster Halbsatz beträgt die Zulage 40,90 Euro monatlich. Die Zulage wird nur für Zeiträume gezahlt, in denen Beschäftigte einen Anspruch auf Entgelt oder Fortzahlung des Entgelts nach § 21 haben. Sie ist bei der Bemessung des Sterbegeldes (§ 23 Abs. 3) zu berücksichtigen.*
3. *Als entsprechende Tätigkeit von Erzieherinnen/Erziehern gilt auch die Tätigkeit in Schulkindergärten, Vorklassen oder Vermittlungsgruppen für nicht schulpflichtige Kinder und die Betreuung von über 18-jährigen Personen (z. B. in Einrichtungen für behinderte Menschen im Sinne des § 2 SGB IX oder für Obdachlose).*
5. *Nach diesem Tätigkeitsmerkmal sind auch*
 - a) *Kindergärtnerinnen/Kindergärtner und Hortnerinnen/Hortner mit staatlicher Anerkennung oder staatlicher Prüfung,*
 - b) *Kinderkrankenschwestern/Kinderkrankenpfleger, die in Kinderkrippen tätig sind,*

eingruppiert.“

Die Entwicklungsstufe 5 ist die Zweithöchste. Insgesamt sind sechs Entwicklungsstufen vorgesehen.

Im Ergebnis orientiert sich somit die Erstattungsregelung am tariflichen Entgelt einer qualifizierten und langjährigen Erziehungsfachkraft. Insbesondere die Anknüpfung an der 5. Entwicklungsstufe scheint durchaus „kommunenfreundlich“, da es vermutlich häufig relativ viele Beschäftigte mit geringerer Berufserfahrung in den Einrichtungen geben dürfte, die somit im Regelfall in deutlich niedrigeren Entwicklungsstufen eingruppiert sein müssten. Ferner ist der jeweils aktuelle Tarifstand maßgeblich, so dass der vom Verfassungsgericht ausdrücklich kritisierte Umstand der Nichtbeachtung maßgebender Rechtsänderungen im nun vorliegenden Entwurf jedenfalls vermieden wird. Auch umgeht die nunmehrige Regelungskonzeption das Problem einer Berücksichtigung unrechtmäßig niedriger Kostenerstattungssätze. Vielmehr wird der Betrag zugrunde gelegt, der tariflich – wenn die Kommune selbst die Einrichtung betreiben würde – zu zahlen wäre. Dies lässt den (freien) örtlichen Trägern der Einrichtungen, die nicht immer tarifgebunden sind, ggf. auch Spielräume nach unten. Eine höhere Vergütung muss aber vom Land nicht getragen werden.

Für die Frage der Verfassungsmäßigkeit von erheblicher Relevanz ist außerdem die Möglichkeit, höhere Sätze zu genehmigen, wenn dies aufgrund der örtlichen Besonderheiten notwendig ist. Diese in § 5 Abs. 3 Satz 3 KitaBKNV-E enthaltene Abweichungsoption ermöglicht die vom Verfassungsgericht ausdrücklich geforderte Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse. Dass hier ein Antrag notwendig ist, der auch mit entsprechenden Darlegungen und Berechnungen zu unterlegen ist, dürfte keine Verfassungswidrigkeit auslösen. Damit besteht für einen örtlichen Träger der Jugendhilfe die Möglichkeit, beispielsweise eine besonders ungünstige Altersstruktur der Erzieher berücksichtigen zu lassen. Der Entwurf öffnet sich also den Besonderheiten der örtlichen Verhältnisse. Dies stellt letztlich den vom Gericht eingeforderten Mehrbelastungsausgleich sicher.²⁸

²⁸ Zu diesem Erfordernis siehe Urteil (Fn. 1) bei B. III. 2. der Gründe. Zu diesem Begriff siehe auch *Ammermann*, Das Konnexitätsprinzip im kommunalen Finanzverfassungsrecht, Diss, Baden-Baden, 2007, S. 128 f.

Dem Grunde nach dürften nach alledem sowohl eine plausible Prognose als auch – bei Berücksichtigung der Möglichkeit, abweichende (höhere) Sätze genehmigen zu können – ein ausreichendes Regelungskonzept vorliegen.

4. Zu den Fragen 3 und 4

Wie eben dargelegt findet ein grundsätzlicher Systemwechsel bei der Ermittlung der relevanten Kostensätze im Rahmen der Prognose statt. Im 5. KitaGÄndG hatte der Gesetzgeber bei den 18 örtlichen Trägern der Jugendhilfe die dort den jeweiligen Trägern der Einrichtungen konkret gezahlten örtlichen Durchschnittssätze abgefragt (= 1. Durchschnittswert) und aus diesen örtlichen Durchschnitten einen Landesdurchschnitt (= 2. Durchschnittswert) gebildet. Hierbei wurden die vom Gericht bemängelten Fehler begangen, zumal auch die Berücksichtigung aktueller Rechtsänderungen (Tarifabschluss während des Gesetzgebungsverfahrens) unterblieben war. Letztlich war der Gesetzgeber von konkreten Werten ausgegangen und hatte diese schlicht arithmetisch gemittelt.

Der nunmehrige Ansatz ist hingegen zunächst ein abstrakter. Der Entwurf geht von einer – abstrakten – durchschnittlichen rechtlichen Verpflichtung für einen ausreichend qualifizierten und erfahrenen Erzieher auf Basis des aktuell geltenden Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst (TVöD) in der für die Kommunen und den Bund geltenden Fassung aus. Dies ist mit Blick auf die standardsetzende Norm des § 15 Abs. 2 KitaG sachgerecht, zumal mit der Annahme der Entwicklungsstufe 5 deutlich überdurchschnittlich lange tätige Kräfte angesetzt werden. Ergänzt wird diese – abstrakte – Vorgehensweise durch die Möglichkeit eines konkreten Korrektivs in § 5 Abs. 3 Satz 3 KitaBKNV-E. Hiernach können örtliche Träger der Jugendhilfe sich im Einzelfall unter konkreter Darlegung ihrer besonderen Situation höhere Durchschnittssätze genehmigen lassen, die ihnen entsprechend erstattet werden. Zumindest in der Kombination der nunmehr abstrakten Vorgehensweise mit relativ großzügigem Ansatz bei den Entwicklungsstufen in Verbindung mit der konkreten Abweichungsmöglichkeit nach oben dürfte im Regelfall ein ausreichender Kostenausgleich für die betroffenen örtlichen Träger der Jugendhilfe gewährleistet sein. Sollten die Träger der Einrichtungen vergleichsweise „junges Personal“ beschäftigen bzw. die Erzieher geringfügig unterhalb des Tarifs entlohnen, ist sogar eine gewisse Überkompensation denkbar. Auf alle Fälle wird die Kumulation von Abweichungen im 5. KitaGÄndG infolge der doppelten Durchschnittsbildung vermieden. Eine grundsätzlich sachgerechte Anknüpfung liegt daher vor.

5. Zu Frage 1 (Zusammenfassung)

Der vorgelegte Entwurf enthält ein neues Regelungskonzept, das sich an den grundsätzlichen rechtlichen Verpflichtungen der örtlichen Einrichtungsträger (§ 15 Abs. 2 KitaG) orientiert. Diese refinanzieren sich auf der Grundlage ihrer Aufwendungen gem. § 16 Abs. 2 KitaG bei den örtlichen Trägern der Jugendhilfe (= Kreise/kreisfreie Städte). Ein solcher abstrakter Ansatz, der auf den von den Einrichtungsträgern maximal geschuldeten Tariflohn abstellt, erscheint plausibel. Das Tätigkeitsmerkmal S 6 TVöD (Bund/Kommunen) umschreibt einen qualifizierten geprüften Erzieher und ist damit auch hinsichtlich der vom KitaG aufgestellten Ansprüche an die Qualität der Betreuung sachgerecht. Die Orientierung an der Entwicklungsstufe 5 dürfte häufig sogar eher kommunalfreundlich sein, da diese Entwicklungsstufe erst von recht erfahrenen Kräften erreicht wird und sich das Personal in den Kitas häufig aus einer Mischung von erfahrenen und jüngeren Beschäftigten zusammensetzen dürfte.

Schließlich eröffnet die neue Abweichungsmöglichkeit nach § 5 Abs. 3 Satz 3 KitaBKNV-E die verfassungsrechtlich gebotene Berücksichtigung von örtlichen Besonderheiten (z. B. ein besonders hoher Anteil sehr erfahrener Beschäftigter, so dass die angenommene Entwicklungsstufe 5 nicht ausreichend wäre). Somit liegt eine grundsätzlich ausreichende Regelungskonzeption und sorgfältige Prognose vor.

Allerdings verbleibt eine gewisse Restunsicherheit. So hat sich das Gericht nicht mit allen von den Beschwerdeführern aufgeworfenen Fragen im Einzelnen beschäftigt, sondern die vorhandenen Regelungen schon aufgrund der festgestellten Unzulänglichkeiten für verfassungswidrig erklärt.²⁹ Daher hat sich das Gericht letztlich nicht zur Frage geäußert, ob bei kreisfreien Städten infolge der Doppelbelastung als Gemeinde einerseits (mit den Pflichten aus § 16 Abs. 3 KitaG: Stellung eines Grundstücks, Bauunterhalt, ggf. Erhöhung des Zuschusses nach § 16 Abs. 2 KitaG) und als örtlicher Träger der Jugendhilfe andererseits weitergehende Kosten zu berücksichtigen sind.

Ähnliches gilt für den Verteilungsschlüssel. Dieser wurde von den damaligen Beschwerdeführerinnen ausdrücklich gerügt.³⁰ Damals hatte der Gesetzgeber auf alle Kinder unter 12

²⁹ Hierzu Urteil vom 30. April 2013 (Fn. 1) bei B. II. 4. der Gründe.

³⁰ Urteil (Fn. 1) bei A. II. am Ende.

Jahren nach Maßgabe der amtlichen Statistik abgestellt. Nunmehr orientiert er sich an den nach Maßgabe der KitaBKNV ermittelten in den Einrichtungen betreuten Kindern.³¹ Diese Zahl ist mit Sicherheit konkreter und ermöglicht die Berücksichtigung unterschiedlich hoher Betreuungsquoten, die nach der ursprünglichen Norm nicht beachtlich waren. Allerdings hat sich das Gericht zum Verteilungsmaßstab nicht näher geäußert, so dass eine konkrete Prüfung der neuen Regelung anhand spezifischer Vorgaben des Verfassungsgerichts nicht möglich ist.

Als weitere Unsicherheit verbleibt letztlich, dass auch der nunmehr vorliegende Entwurf sich auf den Ausgleich des geänderten Personalschlüssels im 5. KitaGÄndG beschränkt. Damit wird die vom Gericht im Leitsatz 1 getroffene Feststellung, dass infolge der Änderung des Bundesrechts und der (bewussten) Fortgeltung des § 1 AG-KJHG ein weiteres konnexitätsauslösendes Verhalten des Gesetzgebers vorliegt, nicht aufgegriffen. Wie oben zu Frage 5³² dargelegt, bedeutet diese Aussage des Gerichts, dass nicht nur die Mehrbelastungen durch die Standarderhöhung des 5. KitaGÄndG ausgleichspflichtig wurden, sondern die gesamte Finanzierung der Kitas durch die kommunale Ebene.

Ob durch das Zusammenspiel der vorhandenen Refinanzierungsregelungen und der im Entwurf für das Kindertagesstättenanpassungsgesetz aufgenommenen Ergänzungen insgesamt ein ausreichender Kostenausgleich der Kommunen (Gemeinden, kreisfreien Städte und Kreise) erreicht wird, wird im Entwurf nicht weiter ausgeführt. Mit Blick auf die vom Verfassungsgericht (und dem Auslegungsbeschluss des Landtags) allgemein aufgestellten Anforderungen an die notwendige Prognose dürften aber entsprechende Überlegungen des Gesetzgebers über die insgesamt ausreichende Bemessung des Ausgleichs zu fordern sein. Solche Berechnungen und Darlegungen enthält auch der vorliegende Entwurf

³¹ Siehe § 16a Satz 3 KitaG-E (Drs. 5/8369).

³² Siehe oben bei II. 2., S. 6 f.

des Kindertagesstättenanpassungsgesetzes nicht. Dies bedeutet nicht, dass die eingesetzten Beträge unzureichend sind,³³ es wäre aber verfassungsrechtlich hilfreich, wenn im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens hier noch ergänzende Begründungsüberlegungen und Hinweise erfolgen würden. Dies könnte das Gesetz zusätzlich absichern.

Rechtspolitisch bleibt noch anzumerken, dass rechtstechnisch die maßgebliche Veränderung bei der Bildung der Grundlage für die staatliche Refinanzierung und somit bei der Leistung des finanziellen Ausgleichs im Sinne des Art. 97 Abs. 3 Satz 1 LV die Vorschrift in § 5 Abs. 3 Satz 1 KitaBKNV-E ist. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsverordnung, die künftig alleine von der Landesregierung geändert werden kann, ohne dass es einer Mitwirkung des Landtages bedarf. Der Landtag übergibt damit – was verfassungsrechtlich zulässig ist – einen Teil seiner gesetzgeberischen Regelungsmöglichkeit in einem für die Berechnung des Ausgleichs zentralen Punkt aus der Hand.

6. Zu Frage 6

Losgelöst von dem Komplex „Konnexität“ ist zu prüfen, ob die gegenwärtige Einschränkung des Rechts auf Betreuung in § 1 Abs. 2 Satz 2 KitaG mit Bundesrecht im Einklang steht.

Die beiden interessierenden Vorschriften haben folgenden Wortlaut:

³³ Zu möglichen Zweifeln hieran siehe aber Märkische Oderzeitung vom 13. März 2014, S. 9: „Studie prangert Missstände in Kindergärten an“. Dort wird auf eine Studie der *Bertelsmann Stiftung* hingewiesen, die anhand einer Stichprobe im Raum Potsdam darstellt, dass die im Gesetz genannten Betreuungsrelationen in der Praxis nicht realisiert werden würden. Eine Pressezusammenfassung zu dieser Studie kann unter folgendem Link abgerufen werden: http://www.bertelsmannstiftung.de/cps/rde/xchg/SID-1FAE3DC7-67232EE7/bst/hs.xsl/nachrichten_120439.htm. Dort können die einzelnen Untersuchungsteile der Studie als PDF-Dateien heruntergeladen werden.

Brandenburg: § 1 Abs. 2 Satz 2 KitaG	Bund: § 24 Abs. 2 SGB VIII
<p>Kinder bis zum vollendeten dritten Lebensjahr und Kinder der fünften und sechsten Schuljahrgangsstufe haben einen Rechtsanspruch, wenn ihre familiäre Situation, insbesondere die Erwerbstätigkeit, die häusliche Abwesenheit wegen Erwerbssuche, die Aus- und Fortbildung der Eltern oder ein besonderer Erziehungsbedarf Tagesbetreuung erforderlich macht.</p>	<p>Ein Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, hat bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.</p> <p>Die in Bezug genommene Norm hat folgenden Wortlaut:</p> <p><i>Der Umfang der täglichen Förderung richtet sich nach dem individuellen Bedarf.</i></p>

Aus der Gegenüberstellung werden einige maßgebliche Unterschiede deutlich:

Die Regelung in Brandenburg hat, was das Alter der begünstigten Kinder angeht, einen weiteren Anwendungsbereich als die Bundesregelung: Sie gilt auch für Kinder unter einem Jahr. Nach § 24 Abs. 2 SGB VIII besteht der Rechtsanspruch demgegenüber nur für Kinder zwischen einem und drei Jahren.³⁴ Das Bundesrecht ist also „enger“.

Hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechtsanspruchs ist hingegen das Landesrecht „strenger“: Hier verlangt Brandenburg einen „besonderen Erziehungsbedarf“, der nur besteht, wenn die Eltern ganz oder teilweise an der eigenen Betreuung des Kindes gehindert sind.³⁵ Die Bundesnorm gewährt demgegenüber einen uneingeschränkten Anspruch auf Betreuung dem Grunde nach, beschränkt aber durch den Verweis auf § 24 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII den zeitlichen Umfang des täglichen Betreuungsanspruchs.³⁶ Inhaltlich ist daher die Bundesregelung weitergehend, da sie auch für die Eltern, die grundsätzlich ihr Kind selbst betreuen könnten, einen Anspruch auf einen Betreuungsplatz gewährt, wäh-

³⁴ Für die Kinder bis zu einem Jahr gilt § 24 Abs. 1 SGB VIII, der zwar eine Betreuung in Tageseinrichtungen vorsieht, aber keinen individuellen Rechtsanspruch begründet.

³⁵ Eine Sonderregelung enthält § 1 Abs. 2 Satz 3 KitaG: Entfällt der nach § 1 Abs. 2 Satz 2 KitaG erforderliche besondere Betreuungsbedarf nachträglich, soll das Kind dennoch weiter betreut werden. Für diese Kinder sieht das Gesetz somit eine Ermessenregelung vor, die die Betreuung als Regelfall und die Ablehnung als Ausnahme sieht.

³⁶ Das Bundesrecht kennt – anders als Brandenburg – keine Mindestvorgaben für den zeitlichen Umfang. So sind für betreute Kinder auch nur kurze Betreuungszeiten von wenigen Stunden täglich grundsätzlich zulässig. Brandenburg hingegen hat in § 1 Abs. 3 KitaG klare Mindeststandards bezüglich des zeitlichen Umfangs der Betreuung definiert.

rend das Landesrecht diesen Personenkreis vom Kreis der Anspruchsberechtigten ausnimmt. Die brandenburgische Norm ist somit einerseits weiter (Kinder unter einem Jahr) und andererseits enger (nur Kinder mit besonderem Betreuungsbedarf) als die Bundesregelung. Letztere kann allerdings über den Verweis auf § 24 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII zu einem – im Vergleich zur brandenburgischen Mindestbetreuungsnorm des § 1 Abs. 3 KitaG – geringeren täglichen Betreuungsumfang führen (Orientierung am konkreten Betreuungsbedarf).

Rechtlich relevant geworden ist dieser Unterschied mit Inkrafttreten des § 24 SGB VIII zum 1. August 2013. Zwar war die heutige Fassung von § 24 SGB VIII bereits im Kinderfördergesetz (KiföG)³⁷ aus dem Jahr 2008 enthalten. Nach Art. 10 Abs. 3 KiföG trat diese Bestimmung aber erst zum 1. August 2013 in Kraft. Somit besteht seit diesem Zeitpunkt eine rechtliche Kollisionslage. Diese Kollision besteht aber nur, soweit sich ein überlappender Anwendungsbereich der beiden Normen ergibt. Daher ist der weitergehende Anwendungsbereich des Rechtsanspruchs auf Betreuung hinsichtlich des Alters der begünstigten Kinder in § 1 Abs. 2 Satz 2 KitaG unproblematisch.

Hinsichtlich der Kinder zwischen einem und drei Jahren muss der Widerspruch jedoch über Art. 31 GG aufgelöst werden. Diese Vorschrift weist dem Bundesrecht Vorrang zu. Dieser Vorrang gilt aber nur, wenn sich das Bundesgesetz auf eine im Grundgesetz enthaltene Gesetzgebungsbefugnis des Bundes stützen kann und verfassungskonform ist. Für die Regelungen des SGB VIII zur Kindertagesbetreuung ist eine solche Gesetzgebungskompetenz des Bunds aber aufgrund des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG („öffentliche Fürsorge“) gegeben.³⁸

Zu fragen bleibt, ob die in Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG oder in Art. 72 Abs. 3 GG genannten Abweichungsrechte zugunsten des Landesgesetzgebers zu einem anderen Ergebnis führen könnten. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG findet nur für Vorschriften über das (Verwaltungs-) Verfahren und Zuständigkeiten Anwendung und kann daher für die rein materiell-rechtliche Norm des § 24 SGB VIII keine Abweichungsmöglichkeit eröffnen. Auch nach Art. 72 Abs. 3 GG ist ein Abweichungsrecht des Landes nicht gegeben.

³⁷ Siehe oben bei Fn. 13.

³⁸ So etwa *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Auflage, 2011, Rn. 18 zu Art. 74 GG, m. w. N.

Im Ergebnis steht somit § 1 Abs. 2 Satz 2 KitaG im Widerspruch zu § 24 Abs. 2 SGB VIII, soweit der Rechtsanspruch auf Betreuung von Kindern zwischen einem und drei Jahren eine besondere familiäre Situation voraussetzt. § 1 Abs. 2 Satz 2 KitaG verstößt daher gem. Art. 31 GG gegen das Grundgesetz. Verbindlich feststellen kann dies allerdings nur das Bundesverfassungsgericht. Da der Wortlaut des § 1 Abs. 2 Satz 2 KitaG eindeutig ist, dürfte eine bundesrechtskonforme Auslegung ausscheiden. Zur Vermeidung einer verfassungsgerichtlichen Aufhebungs- bzw. Nichtigkeitsentscheidung wäre daher eine Anpassung des Landesrechts sinnvoll.

gez. Rolfdieter Bohm